

PACTO ANTENUPCIAL E CLÁUSULA PENAL

Thomas Alexandre de Carvalho

Sumário: 1. Aspectos preliminares sobre cláusula penal e pacto antenupcial. 2. A colocação do problema: elementos próprios e elementos estranhos ao pacto antenupcial. 3. Operacionalização da cláusula penal em pactos antenupciais. 4. Bibliografia.

1. ASPECTOS PRELIMINARES SOBRE CLÁUSULA PENAL E PACTO ANTENUPCIAL



O presente estudo pretende verificar o cabimento de cláusulas penais em pacto antenupcial para o caso de descumprimento de deveres matrimoniais previstos no artigo 1.566 do Código Civil Brasileiro¹. Contudo, antes de ser realizada a aproximação dos institutos para se concluir pelo cabimento ou não, torna-se necessário, de antemão, indicar com precisão a natureza jurídica de cada um dos referidos institutos jurídicos. Em um primeiro momento serão exploradas as peculiaridades da cláusula penal para, então, passar a tratar do pacto antenupcial.

Antes de se adentrar no conceito de cláusula penal, justifica situá-la dentro da estrutura do negócio jurídico.

Usualmente, os elementos do negócio jurídico são classificados em três categorias: “a) elementos gerais, isto é, co-

1 Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

num a todos os negócios; b) elementos categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio; c) elementos particulares, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio”².

Para a delimitação do tema, a análise será feita apenas sobre os elementos particulares do negócio jurídico – ou acidentais – cuja característica fundamental é o fato de tais elementos serem, sempre, voluntários³⁻⁴. Decorrencia de tal característica é refletida no grande número de cláusulas ou estipulações acessórias, que podem variar ao infinito.

Acerca das cláusulas acessórias, cumpre diferenciá-las entre típicas e não típicas, sendo as típicas aquelas que, de algum modo, são disciplinadas na lei ou no trato jurídico cotidiano (essas últimas são classificadas como socialmente típicas e as primeiras, como juridicamente típicas). Entre as cláusulas acessórias típicas, tem-se a condição, termo, arras, e a própria cláusula penal, que constitui o foco de interesse do presente estudo.

Feita essa pequena introdução, necessária apenas para se recordar que a cláusula penal, bem como as demais estipula-

2 Cf. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed.atual., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 32.

3 “Finalmente, quanto aos elementos particulares, são eles aqueles que, apostos pelas partes, existem em um negócio concreto, sem serem próprios de todos os negócios ou de certos tipos de negócio. Esses elementos são sempre voluntários e, por isso, distinguem-se claramente dos elementos categoriais. Os elementos particulares, por serem colocados nos negócios pelas partes, são em número indeterminado, tornando impossível seu estudo completo (...) outro elemento acidental bem sistematizado, mas que não é estudado debaixo da rubrica do negócio jurídico, por somente se aplicar à matéria contratual, é a cláusula penal” (Cf. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed.atual., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 38-39).

4 “Enquanto os elementos naturais correspondem a efeitos que se produzem por força de normas supletivas, ‘sendo inútil qualquer cláusula no mesmo sentido’, os elementos acidentais correspondem a efeitos que se produzem por força da vontade das partes, e só por força dessa vontade” (Cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar e cláusulas penais*, 3ª ed., Coimbra, 2008, Almedina, pp. 14-15).

ções que estejam calcadas dentro do âmbito dos elementos acidentais do negócio jurídico, somente é inserida no trato negociado porque fruto da vontade das partes que as inseriu.

Tal premissa, esquecida por muitos juristas, está - ou pelo menos deveria estar - íntima e diretamente relacionada ao conceito de cláusula penal. Agora, passa-se a analisar as definições de cláusula penal ditadas pela doutrina.

PONTES DE MIRANDA entende que a cláusula penal “é prestação, de ordinário em dinheiro, que alguém, devedor ou não, promete como pena a que se submete para o caso de não cumprir a obrigação, ou não a cumprir satisfatoriamente, ou para o caso de se dar algum fato, concernente ao negócio jurídico, ou não se dar”⁵.

No mesmo sentido, JUDITH MARTINS-COSTA afirma que “constitui uma prestação que o devedor promete como pena ao credor condicionante: ou para o caso de incumprimento total, ou em caso de mora, ou, ainda, para a garantia de uma cláusula especialmente destacada no contrato”⁶.

ANTÓNIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO, de outro lado, furta-se a conceituá-la como promessa condicional, preferindo conceituá-la como estipulação negocial, *in verbis*: “trata-se de uma estipulação negocial em que qualquer das partes, ou uma delas apenas, se obriga antecipadamente, perante a outra, a efectuar certa prestação, normalmente em dinheiro, em caso de não cumprimento, ou de não cumprimento perfeito (máxime, em tempo), de determinada obrigação”⁷.

JOSÉ FERNANDO SIMÃO, em recente artigo publicado no periódico Carta Forense, entende-a como “obrigação acessória a um contrato, pela qual o devedor se obriga a uma prestação

5 Cf. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XXVI, Editor Borsoi, 1959, p. 62.

6 Cf. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*, vol. V, tomo II, coord. Salvo de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, p. 410.

7 Cf. *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 338.

determinada no caso de descumprimento do contrato ou de qualquer uma de suas cláusulas”⁸.

Em prol da simplicidade, pode-se conceituar a cláusula penal como uma prestação acessória devida pelo não cumprimento ou cumprimento imperfeito da obrigação principal ou acessória.

Em relação à natureza jurídica da cláusula penal, discute-se muito se prevaleceria seu matiz indenizatório, punitivo ou eclético. A escolha da tese traz implicações relevantíssimas para o estudo da cláusula penal e regime aplicável.

Ab initio, compartilha-se que hoje no Brasil, assim como em Portugal, a doutrina dominante adota a tese que a cláusula penal exerce ambas as funções dentro de uma mesma estrutura. Ou, no estilo de ANTONIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO ao criticar a posição dominante, a cláusula penal seria uma “figura unitária, bifuncional e de natureza indenizatória”⁹.

A mesma crítica que é realizada pelo autor português ao desacreditar da perspectiva tradicional vigente, com as adaptações necessárias, deverá ser aplicada no âmbito do direito pátrio, o que foi feito não apenas por FÁBIO DE MATTIA¹⁰, como por OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, que defendeu – diferentemente do professor FÁBIO DE MATTIA e do próprio ANTONIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO – que no Brasil é incompatível se falar em cláusula penal na perspectiva tradicional, porque inexistente a função punitiva no ordenamento vigente e, via de consequência, a cláusula penal deverá ser pautada sempre pela perspectiva indenizatória¹¹.

8 Cf. *Cláusula penal e redução de ofício pelo juiz – parte I*, em www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas, acesso em 20 de maio de 2014.

9 Cf. *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 299.

10 Cf. *Cláusula penal pura e cláusula penal não pura*, Revista dos Tribunais, n.º 383, 1967, p.38.

11 A conclusão alcançada pelo autor: “A cláusula penal, tomada em uma perspectiva do direito civil brasileiro, possui natureza singular, monofuncional, destinada a ressarcir os danos pré-estabelecidos pelas partes em uma negócio

À busca de uma tese a ser defendida, o método adotado identificará os inconvenientes de cada uma delas no direito vigente, para eleger a que melhor se adequa ao atual tratamento legislativo do assunto.

A natureza eclética (ou mista) da cláusula penal é a primeira que merece nossa atenção, justamente por ser a posição preferida pelos doutrinadores. Louvável ser a tese que busca um pretensão universalismo de modo a abranger todas as situações, e assim resolver todos os problemas. Aliás, sendo a tese síntese de duas antíteses, *a priori*, deveria agradar a todos. Porém, é uma tese que não se sustenta no direito brasileiro, ante a inexistência do caráter sancionatório.

Todavia, antes de se adentrar na inexistência do caráter sancionatório, que de *per se* tornaria inviável a teoria eclética, é necessário questionar como a doutrina tratava – e ainda trata – pena e indenização na mesma estrutura da cláusula penal. Veja-se, como defender que, em determinado caso haverá manifesto excesso do valor da cláusula penal (artigo 413 do Código Civil Brasileiro¹²), se não é possível saber se tal valor, na hipótese de inexecução do contrato, fora pactuado a título de pena ou de indenização. Ou se valerá como mínimo de indenização. Ou, ainda, se o valor recebido obstará a cobrança judicial de eventual indenização suplementar (artigo 416 do Código Civil Brasileiro¹³). Finalmente, como conciliar o caráter de punitivo com

jurídico. A função punitiva, associada à prevenção geral, não existe no direito brasileiro, ante os controles internos e externos à cláusula. As sanções processuais compulsórias substituíram-na nesse papel, sem que, com isso, tenha-se demonstrado a superioridade dos métodos ad terrorem de índole pública sobre as penas privas” (cf. Função, Natureza e Modificação da Cláusula Penal no Direito Civil Brasileiro, 2006, p. 348).

12 Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

13 Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao

a instituição de limites objetivos no valor, a teor do artigo 412 do Código Civil Brasileiro¹⁴.

Após intensa cogitação sobre o tema, ANTONIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO apresenta um *mea culpa* (pois era defensor da perspectiva tradicional¹⁵), e começa a demonstrar as incongruências em se admitir uma tese como tal descrita. Aponta-se, como exemplo, o caráter eventual a que era conferido à função punitiva, e ainda, à limitação da responsabilidade em casos em que o valor atribuído à cláusula penal fosse inferior ao do prejuízo¹⁶. No caso em que a cláusula penal fosse superior ao dano, ela permaneceria sob o argumento de sanção. No caso em que a cláusula penal fosse inferior ao dano, serviria como limite de indenização, e o credor estaria impedido de obter a complementação e amarguraria prejuízos, não estando por completa, a função indenizatória, sequer a função sancionatória. E a cláusula penal, no lugar de favorecer o credor, nesta última situação, estaria o prejudicando.

O que se quer demonstrar com as situações acima descritas é que, ao se estipular uma cláusula penal com ambos os escopos, serão alcançadas situações que, no limite, além de

credor provar o prejuízo excedente.

14 Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

15 “Doutrina esta que, todavia – *mea culpa!* – já abraçamos” (cf. *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 346).

16 “Por outras palavras, cláusula penal e liquidação antecipada da indemnização seriam uma só e a mesma coisa. Não rejeitando a possibilidade de a figura ser utilizada como medida de coerção, desde que o montante acordado superasse o valor do dano, tratar-se-ia, contudo, de uma função meramente eventual, pelo que a ausência da mesma não prejudicaria a sua qualificação como cláusula penal nem alteraria o seu regime. A função coercitiva, a existir, seria constatada *a posteriori*, legitimando, a título de indemnização sancionatória, o pagamento de uma quantia superior ao prejuízo causado. Se, ao invés, ela fosse menor do que o valor do dano, funcionaria como limitação da responsabilidade, sem deixar de ser, contudo, uma cláusula penal. É contra esta concepção que, já o vimos, se procede hoje à mencionada diferenciação, a fim de recuperar a função coercitiva como elemento imprescindível da cláusula penal propriamente dita” (cf. *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 577-578).

fugirem a intenção das partes, dificultarão aos contraentes a própria estipulação do valor da multa convencionada, tendo-se em vista que, um valor previamente estabelecido a título de cominação poderá ser interpretado judicialmente como cláusula penal indenizatória, e o valor da sanção - que não fora pensado para reparar os danos - servirá a tanto, mesmo sendo insuficiente.

RUBENS LIMONGI FRANÇA, por mais que tivesse atribuído à cláusula penal uma função eclética, *i.e.*, pré-avaliação dos danos, reforço do cumprimento da obrigação e pena¹⁷, corretamente concluiu que os efeitos da cláusula penal dependem da sua espécie (função)¹⁸, de modo que existem tantas cláusulas penais no ordenamento quanto funções a elas atribuídas. E nesse sentido, para a cláusula penal “compensatória alternativa”, com fundamento legal nos artigos 917¹⁹, princípio, e 918²⁰ do Código Civil Brasileiro de 1916, pactuada para os casos de descumprimento total da avença, serviria ao objetivo de pré-avaliação dos prejuízos; nítido, portanto, o caráter indenizatório. Quanto à cláusula penal “compensatória cumulativa”, com fundamento legal nos artigos 917, *in fine*, e 919²¹ do Código Civil Brasileiro de 1916, erroneamente qualificada como moratória, seria cobrada cumulativamente com a obrigação princi-

17 RUBENS LIMONGI FRANÇA, in *Raízes e Dogmática da Cláusula Penal*, Dissertação para concurso de professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1987, pp. 330-331.

18 Para o autor: “Verificada a respectiva incidência, os efeitos da cláusula penal dependem da sua espécie, e, de modo particular, da variedade que resulta da correspondente função” (cf. *Raízes e Dogmática da Cláusula Penal*, Dissertação para concurso de professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1987, pp. 333).

19 Art. 917. A cláusula penal pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente á mora.

20 Art. 918. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

21 Art. 919. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

pal. Embora o autor não conclua, sobressai, nesta cláusula, uma indenização que não substitui a obrigação principal. Terceira cláusula penal elencada é a “punitiva” que não tem matiz em qualquer dispositivo específico do Código Civil Brasileiro de 1916, mas tem um suporte jurídico-natural e outro jurídico-positivo (conferido pela autonomia da vontade). Finalmente, uma quarta cláusula penal, chamada de “liberatória”, que é estipulada em benefício do devedor, e o libera da obrigação principal com o seu pagamento²².

Dado o panorama acima, a crítica que se faz à perspectiva tradicional e dominante é que falta rigor científico ao tratar pena e indenização na mesma e única cláusula penal, preocupação já apontada por NELSON ROSENVALD em sua tese de doutoramento²³. O que se defende é que, para cada função, haja uma cláusula penal correlata. Com isso, e dado o merecido respeito e crédito à perspectiva tradicional, que até hoje se mantém dominante, justifica-se a sua não adoção no presente estudo.

E se de um lado entende-se descabida a perspectiva tradicional (bifuncionalidade da cláusula, conforme os monistas) pelas razões acima, no direito pátrio ela não subsiste por mais um motivo: carece de sentido a manutenção de uma cláusula penal punitiva no atual ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR aponta a insubsistência de uma função punitiva na cláusula penal, pelo fato de que no Código Civil Brasileiro há: a proibição do excesso no valor da cláusula penal; o limite de seu valor; a cons-

22 RUBENS LIMONGI FRANÇA, in *Raízes e Dogmática da Cláusula Penal*, Dissertação para concurso de professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1987, pp. 199-209.

23 “Um único modelo jurídico – cláusula penal – não pode ao mesmo tempo atuar como indenização e sanção. Cogitar de uma ‘indenização sancionatória’ é uma impossibilidade lógica, uma contradição em termos. Ou a cláusula penal será uma sanção compulsória ou funcionará como pré-estimativa de danos” (cf. *Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 82).

tante intervenção judiciária; o comando normativo para que haja a redução; e, finalmente, a introdução das *astreintes* no Código de Processo Civil²⁴.

A proibição do excesso (artigo 413 do Código Civil Brasileiro) retira o caráter *ad terrorem*, característica das penas; o limite do valor (artigo 412 do Código Civil Brasileiro) retira por completo qualquer função punitiva na hipótese em que houver coincidência entre o dano e o valor da obrigação principal – veja que sumiria até mesmo o caráter eventual da pena; a multa, de caráter essencialmente punitivo, perde mais força com o poder-dever de o juiz diminuir o valor da cláusula penal (artigo 413 do Código Civil Brasileiro); no mais, pode-se adicionar a proibição de cumulação da prestação principal com a pena, salvo se moratória (artigo 411 do Código Civil Brasileiro²⁵), e ainda sim, em se tratando de cláusula moratória, existirão limites objetivos quanto ao seu valor, v.g., artigo 9º, do Decreto 22.626/1933, que limita a 10 % o valor da cláusula penal moratória²⁶.

No mesmo sentido GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHREIBER ao afirmarem que “o suposto caráter punitivo é rejeitado por dispositivos legais expressos, como aquele em que se proíbe, como regra, a cumulação da cláusula penal compensatória com a exigência de cumprimento da prestação, ou com a reparação dos prejuízos daí resultantes”²⁷.

Quanto às *astreintes*, ou multas coercitivas, se verifica

24 “Destaca-se, por fim, que a introdução de um elemento externo, desprovido de tantas precauções, comprometeu, em definitivo, a a função punitiva. Deu-se, ao reverso de outros países, uma sucessão funcional” (cf. *Função, Natureza e Modificação da Cláusula Penal no Direito Civil Brasileiro*, 2006, p. 277).

25 Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

26 Art. 9º. Não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida.

27 Cf. *Código Civil Comentado*, vol. IV, coord. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, Atlas, São Paulo, 2008, p. 404.

que o objetivo das multas processuais alcança o mesmo escopo que o caráter punitivo da cláusula penal – e o substitui – porém, sem as limitações do Código Civil, o que as torna mais efetiva. Com isso, entende-se que a cláusula penal punitiva não é compatível com ordenamento jurídico brasileiro.

Finalmente se passa a defender a tese indenizatória da cláusula penal, como sendo aquela que melhor se compatibiliza o Código Civil Brasileiro de 2002 e com a função realmente exercida pela cláusula, quer seja moratória, quer seja compensatória. E para fundamentar a tese de que cláusula penal possui natureza indenizatória faz-se referência aos estudos de ORLANDO GOMES, JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA²⁸ e OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR²⁹.

Para justificar a tese indenizatória, *i.e.*, a cláusula penal como pré-fixação de danos, entende-se que há uma presunção absoluta de dano, o que confere proteção ao valor anteriormente fixado a título de cláusula penal³⁰. Esta é a única solução coerente que se pode dar para a cláusula penal com escopo indenizatório no Código Civil Brasileiro de 2002, e tem que ser

28 JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, in *Da Responsabilidade Contratual*, Lisboa, Edição do Autor, 1933, p.144.

29 Novamente, o autor é didático em sua explanação: “Uma vez mais, remanesce tão-somente o discurso retórico. E apenas esse. Como se está no terreno científico, não é possível dele se socorrer. Demonstrou-se a falta um componente típico da prevenção geral no perfil da cláusula. A proibição do excesso, o limite do valor, a constante intervenção judiciária, o comando normativo de que se deve reduzi-la, jamais majorá-la são exteriorizações desse efeito. Destaca-se, por fim, que a introdução de um elemento externo, desprovido de tantas precauções, comprometeu, em definitivo, a função punitiva. Deu-se, ao reverso de outro países, uma sucessão funcional. É exatamente desse instituto que cuidará a próxima sessão” (cf. Função, Natureza e Modificação da Cláusula Penal no Direito Civil Brasileiro, 2006, p. 277). O aludido elemento externo a que se refere o autor é a introdução da astreintes (multa cominatória) no Código de Processo Civil Brasileiro.

30 “Mesmo que o devedor produza a prova incontroversa da ausência de prejuízo em razão do inadimplemento, mesmo assim a penal é devida, pois que a dispensa de demonstrá-lo se erige em *praesumptio iuris et de iure*, de que a inexecução é em si mesma danosa sempre, o que afasta inteiramente a oportunidade de toda prova contrária” (cf. Caio Mário da Silva Pereira, in *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, v. II, 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p.157).

lido como uma regra do sistema. Tanto é verdade que o contrário levaria à absurda hipótese em se ter uma cláusula penal de valor zero ante a demonstração da inexistência do dano, algo que seria provado pelo devedor, mas que tolheria a independência da cláusula penal pelo socorro à demorada liquidação dos danos, justamente o que o instituto pretende evitar.

O contrário seria violar a independência da cláusula penal. Sempre válido lembrar os ensinamentos de MUCIO CONTINENTINO, para o qual a “a realização diuturna no direito conservou a clausula penal, não como figura decorativa na variedade das obrigações, mas pelas vantagens que apresenta o sistema da previa estimação dos danos, feita pelas próprias partes, libertando-as das dificuldades que encontrariam na prova do montante do dano causado pela inadimplência, mórmente o autor, subtrahindo-a ao arbítrio do juiz”³¹.

Estabelecidas as linhas mestras que dão funcionalidade e coesão científica à cláusula penal como figura que estabelece de antemão o valor da indenização, em forma de presunção absoluta de dano, passa-se a tratar da figura do pacto antenupcial.

O pacto antenupcial tem espaço legislativo nos artigos 1.653 a 1.657 do Código Civil Brasileiro³². Sua estrutura está à

31 Cf. *Da cláusula penal no direito brasileiro*, Livraria Acadêmica Saraiva, São Paulo, 1926, p. 33.

32 Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

Art. 1.654. A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens.

Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

Art. 1.656. No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aqüestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares.

Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

disposição dos nubentes para o regramento de matérias atinentes ao regime matrimonial de bens, que é “o conjunto de regras relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar, sendo as suas normas, em regra, de ordem privada”³³.

Pois bem. No Brasil, o regime legal ou supletório é o regime da comunhão parcial de bens, consoante artigo 1.640 do Código Civil Brasileiro de 2002³⁴. O silêncio levará ao regime supletório, existindo a possibilidade de os nubentes alterarem sua conformação, quer optando por um dos 4 (quatro) regimes legais³⁵, quer criando outras modalidades de disposição dos bens, cujo limite é a ordem pública, o que será regulado por meio do pacto antenupcial.

Consubstancia-se no artigo 1.640 do Código Civil brasileiro a liberdade de convenção antematrimonial³⁶, que pode ser lida como uma das faces do princípio da autonomia privada. Segundo CARVALHO SANTOS³⁷, tal regra implica, primeiramente, que os nubentes podem adotar um dos regimentos de bens previstos em lei. Em segundo lugar, que podem os nubentes combinar os diversos regimentos previstos em lei. E, também está abarcada a possibilidade de ser criado um regime inteiramente inventado. O limite é não conflitar com disposição abso-

33 Cf. JOSÉ FERNANDO SIMÃO, *Direito Civil, Direito de Família*, São Paulo, Método, 2012, p. 108.

34 Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

35 Regime de comunhão parcial, regime da comunhão universal, regime da participação final nos aquestos e regime da separação legal.

36 “Os princípios que dominam o direito brasileiro e, em geral, o dos povos contemporâneos são o da variedade dos regime matrimoniais e o da liberdade das convenções matrimoniais, prévias no direito brasileiro” (cf. FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, in *Tratado de Direito de Família*, v. II, São Paulo, Max Limonad, 1947, p. 147).

37 Cf. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. V, São Paulo, Freitas Bastos, 1974, pp. 6-7.

luta de lei, conforme artigo 1.655 do Código Civil Brasileiro.

Por oportuno, pode-se definir pacto antenupcial como “negócio jurídico bilateral de direito de família mediante o qual os nubentes têm autonomia para estruturarem, antes do casamento, o regime de bens distinto da comunhão parcial”³⁸.

Ou, como leciona PONTES DE MIRANDA, o pacto antenupcial “é figura que fica entre o contrato de direito das obrigações, isto é, o contrato de sociedade, e o casamento mesmo, como irradiador de efeitos. Não se assimila, porém, a qualquer deles: não é simplesmente comunhão, de administração, ou do que quer que se convencie; nem ato constitutivo de sociedade, nem pré-casamento, ou, sequer, parte do casamento”³⁹.

O primeiro aspecto que deve ser tratado é o que vem a ser um “negócio jurídico de direito de família”, e que ponto o negócio jurídico de direito de família difere do negócio jurídico puramente. Em primeiro lugar, analisa-se que “em virtude de ser ato jurídico de direito de família, escapa êle a certos preceitos da parte geral, do direito das obrigações, do direito das coisas e do direito das sucessões”⁴⁰.

Mas o que retira do pacto antenupcial a aplicação de regras da parte geral, bem como o que o conforma como negócio jurídico de direito de família? A resposta é bastante simples: muito embora se esteja tratando de um negócio jurídico, em conformidade com o artigo 104 do Código Civil Brasileiro⁴¹, duas peculiaridades o fazem ser incluído como negócio jurídico de direito de família: a primeira, diz respeito à ausência de

38 Cf. PAULO LÔBO, *Direito Civil, Famílias*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 334.

39 Cf. FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, in *Tratado de Direito de Família*, v. II, São Paulo, Max Limonad, 1947, p. 147.

39 Cf. FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, in *Tratado de Direito Privado*, v. VIII, São Paulo, Borsoi, 1955, p. 229.

40 Cf. FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, in *Tratado de Direito de Família*, v. II, São Paulo, Max Limonad, 1947, p. 152.

41 Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

prestação; a segunda, vincular sua eficácia à realização do casamento.

Mas mesmo sendo aplicadas com temperamento as regras atinentes ao negócio jurídico previstas na parte geral, vale frisar que a todo pacto antenupcial exige-se o objeto lícito, agente capaz⁴²⁻⁴³ e forma legal.

Explicitadas, pois, a natureza jurídica da cláusula penal, bem como do pacto antenupcial, requisito necessário para se chegar à conclusão que se pretende, passa-se a adentrar no conteúdo que pode ser inserto nos pactos antenupciais para, ao fim, recepcionar ou não a cláusula penal em seu conteúdo.

2. A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: ELEMENTOS PRÓPRIOS E ESTRANHOS AO PACTO ANTENUPCIAL

Como restou adiantado no capítulo anterior, o pacto antenupcial tem como objetivo precípuo a regência das questões patrimoniais dos nubentes, cujo limite do conteúdo a ser convencionalizado no pacto antenupcial é aquele previsto no art. 1.655 do Código Civil Brasileiro de 2002, *i.e.*, o seu conteúdo não poderá ir de encontro à disposição absoluta de lei.

Estabelecidas essas premissas, torna-se imperioso tratar dos elementos próprios e estranhos dos pactos antenupciais, que justamente conformam seu conteúdo. O estudo dos elementos próprios e estranhos ao pacto antenupcial é levado a cabo, no Brasil, por PONTES DE MIRANDA.

O autor indica que pacto antenupcial é o “nome apro-

42 O pacto antenupcial celebrado por menor tem sua eficácia condicionada à aprovação do representante legal, consoante artigo 1.654, do Código Civil Brasileiro.

43 “A capacidade para estipular pacto antenupcial obedece à regra ‘*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*’, Quem aptidão tem para casar é capaz de estipular pacto antenupcial, mas esse princípio tradicional não subsiste no direito moderno. O menor deve ser assistido no ato de sua estipulação pela pessoa a que cabe dar consentimento para que se case” (cf. ORLANDO GOMES, in *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 170).

ximativo que se dá ao negócio de direito de família pelo que se estabelece o regime de bens entre os cônjuges”⁴⁴, caracterizando-o como “algo solene e ligado ao matrimônio sem ser por simples condição: a *condictio iuris* de se casarem os nubentes exerce, aí, função que é inseparável, essencial”⁴⁵.

Do excerto acima, distinguem-se os elementos próprios dos elementos estranhos aos pactos.

As regras atinentes à regência do regime de bens do casal a partir do casamento são regras próprias dos pactos antenupciais, cujo casamento não se torna mera condição, mas sim a verdadeira causa do negócio jurídico.

De outro lado, têm-se os elementos estranhos do pacto antenupcial: que constam no pacto, antecedem a celebração do casamento, tem-no como condição, mas não são negócio jurídico de direito de família. Em relação aos elementos estranhos, eles podem ser de direito de família ou não, e regem-se pela lei respectiva.

PONTES DE MIRANDA colaciona exemplo de todo pertinente ao caso, esclarecendo a divisão do conteúdo do pacto antenupcial entre elementos próprios e estranhos: “Os elementos estranhos ao pacto antenupcial regem-se pela lei respectiva. Se foi, por exemplo, escolhido o regime da separação de bens com a promessa de venda de certo imóvel, pertencente à mulher, ao marido, pelo preço x, para que nele habitem os cônjuges, tal promessa de venda é condicionada ao casamento, porém regida pelo direito das obrigações”⁴⁶.

Contudo, doutrina se divide acerca da possibilidade de inserção de elementos estranhos na escritura pública de pacto antenupcial.

44 Cf. FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, in *Tratado de Direito de Família*, v. II, São Paulo, Max Limonad, 1947, p. 151.

45 Cf. FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, in *Tratado de Direito de Família*, v. II, São Paulo, Max Limonad, 1947, p. 152.

46 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 8, 1ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, p. 230.

Defendendo a impossibilidade, tem-se ORLANDO GOMES, segundo o qual “o pacto antenupcial é negócio dispositivo, cujo conteúdo não comporta senão cláusulas relativas a relações patrimoniais. Não se admitem estipulações a respeito de relações pessoais dos cônjuges, nem mesmo as de caráter patrimonial que não digam respeito exclusivamente ao regime de bens”⁴⁷.

Defendendo a possibilidade, e em harmonia com o entendimento esposado por PONTES DE MIRANDA, tem-se PAULO LOBO, segundo o qual “o pacto antenupcial, por suas peculiaridades, não pode conter cláusulas e condições estranhas às suas finalidades. Se as houver, serão regidas pelo direito das obrigações, mas não integrarão o regime de bens”⁴⁸. Entendimento, esse compartilhado por esse autor.

Estabelecidas, pois, quais as duas figuras que conformam o pacto antenupcial, o presente estudo passa a cuidar dos limites impostos ao conteúdo do pacto antenupcial.

Como adiantado, no Brasil, o limite vem delineado no artigo 1.655 do Código Civil Brasileiro, a saber, seu conteúdo não poderá ir de encontro à disposição absoluta de lei. A disposição é bastante genérica, mas precisa ser lida com temperamento. Conforme lecionava CARVALHO SANTOS, ainda sob a égide do antigo Código Civil, “a liberdade dos nubentes de fazerem as suas convenções antenupciais não é absoluta nem ilimitada”⁴⁹. Com efeito, o artigo 257 do Código Civil de 1916, já adiantava que “ter-se-á por não escrita a convenção, ou a cláusula: I. Que prejudique os direitos conjugais, ou os pater-nos; II. Que contravenha disposição absoluta da lei”.

O dispositivo correspondente no atual ordenamento é o artigo 1.655 que, basicamente, suprimiu o inciso I, do artigo

47 ORLANDO GOMES, *Direito de Família*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 171.

48 PAULO LOBO, *Direito Civil - famílias*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 336.

49 JOÃO MANOEL CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. XI, 9ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964, p. 10.

257, restando apenas a nulidade da contenção que contravenha disposição absoluta de lei. No entanto, a supressão do inciso I do referido dispositivo legal não autoriza que os pactos antenupciais versem sobre direitos pessoais do cônjuge, “sendo vetadas quaisquer cláusulas que disponham acerca das relações dos cônjuges e que desnaturem os deveres do casamento impostos pelo art. 1566 do Código Civil, como, por exemplo, um ajuste que dispense o dever de fidelidade, ou de coabitação, ou que exima um dos cônjuges da mútua assistência material e espiritual”⁵⁰. O assunto não desperta maior atenção da doutrina, até mesmo por sua singeleza.

A respeito do que vem a ser contravenção à disposição absoluta de lei, o assunto também não desperta maiores anseios, sendo certo que a regra tem que ser lida como a impossibilidade de os cônjuges afastarem a aplicação de normas de ordem pública, porquanto, cogentes⁵¹. Segundo ROLF MADALENO, essa restrição à liberdade das convenções serve para assegurar a estabilidade das relações familiares, impedidos que determinados direitos sejam constituídos, modificados, ou ex-

50 Cf. ROLF MADALENO, in *Pactos Patrimoniais e Autonomia da Vontade*, in *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*, coord. Regina Beatriz TAVARES DA SILVA e Theodureto de Almeida CAMARGO NETO, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 195.

51 “Ter-se-á por não escrita, dispõe finalmente o artigo supra: a convenção ou a cláusula que contravenha disposição absoluta da lei. É a aplicação, observa Clóvis, aos contratos matrimoniais, da regra geral de que os preceitos de ordem pública não podem ser derogados, nem alterados pelas convenções particulares, sendo rigorosamente obrigatórios (Código Civil, com. ao artigo 257). A disposição absoluta equivale aí à disposição proibitiva. São disposições absolutas e, portanto, não podem ser alteradas nas convenções antenupciais: a) o dispositivo que permite ao cônjuge pedir desquite; b) preceito que cria em favor da mulher a hipoteca legal; c) o texto que determina ser inalterável o regime de bens durante a vigência do casamento; d) a disposição que proíbe a quem quer que seja permanecer obrigatoriamente em estado de indivisão, sendo nula, pois, a convenção que obrigasse a mulher sobrevivente a permanecer, enquanto vivesse, em estado de comunhão nos bens constantes do espólio do marido, sem que os herdeiros pudessem requerer a divisão, etc etc” (cf. JOÃO MANOEL CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. XI, 9ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964, p. 12).

tintos⁵².

Exemplos de cláusulas que são reputadas nulas: a) que disponha sobre guarda, visita e sustento dos filhos; b) que dispense a autorização do cônjuge para prestar fiança, c) que altere a ordem da vocação hereditária; d) que proíba o cônjuge sobrevivente de contrair matrimônio novamente, etc. Enfim, são inúmeros os exemplos, mas todos arraigados em algum preceito de ordem pública, contra o qual os contraentes não podem dispor.

Em suma, pode-se concluir que vige no direito civil brasileiro a liberdade ampla nas convenções antenupciais, inclusive com a possibilidade de serem incluídos no pacto antenupcial elementos estranhos à fixação do regime de bens do casal, cujo único limite é a ordem pública. Tal orientação alinha-se, com a posição trazida por PONTES DE MIRANDA e PAULO LOBO, sem que de tal partido deflagre o desnaturamento do instituto. Antes o contrário, atende-se à necessidade prática da vida cotidiana de se regular dentro do pacto antenupcial - momento único que os nubentes estão predispostos a decidirem questões econômicas - questões que lhes são afetas, mas com aplicação de regras próprias (v.g., direito de família, direitos reais, direito das obrigações).

Essa premissa – possibilidade de inclusão de elementos estranhos – é justamente o que autoriza a inclusão das cláusulas penais nos pactos antenupciais, o que será explorado no capítulo

52 “A autonomia de vontade sofre restrições no âmbito do Direito de Família naquelas normas cuja natureza é de adesão ou vinculação dos cônjuges por decorrência do matrimônio, sendo preceitos cogentes que não podem ser derogados pelos esposos. Essa restrição à liberdade contratual dos cônjuges tem em mira assegurar a estabilidade das relações familiares, impedindo que certos direitos sejam constituídos, modificados ou extintos por uma vontade negocial, embora exista uma pequena margem para aplicação da autonomia da vontade na celebração dos convênios conjugais e esse mesma abertura possa ser sentida por ocasião da ruptura oficial do matrimônio com separações consensuais realizadas em juízo e sobremodo as dimensões extrajudiciais” (cf. *Pactos Patrimoniais e Autonomia da Vontade*, in *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*, coord. Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 194).

lo que segue.

3. OPERACIONALIZAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL EM PACTOS ANTENUPCIAIS

O problema com o qual agora se depara diz respeito à operacionalização da cláusula penal dentro dos pactos antenupciais. Para tanto, é medida de rigor seja analisada a cláusula penal em duas situações distintas: a) atinente a um contrato inserido dentro do pacto antenupcial; e b) atinente ao descumprimento de um dos deveres do casamento, justamente o objeto de estudo do presente estudo.

Ao compartilhar da tese segundo a qual é permitida a veiculação de elementos estranhos no pacto antenupcial, concede-se, daí, a possibilidade “que se faça contrato, dentro da escritura pública do pacto antenupcial, para efeitos de direitos das obrigações, posteriores ao casamento. Desde que não marque regime matrimonial de bens, escapa ao direito de família”⁵³. Nada mais natural na prática cotidiana. É justamente exemplo narrado por PONTES DE MIRANDA já referido no capítulo anterior: um pacto antenupcial que elege determinado regime de bens e, ao mesmo tempo, estabelece compromisso de compra e venda de determinado imóvel de um cônjuge a outro.

A inserção de cláusula penal quer moratória, quer compensatória, no compromisso de compra e venda neste caso, em nada difere da cláusula penal inserta em qualquer outro compromisso de compra e venda de imóvel que não esteja vinculado a um pacto antenupcial. Aplicam-se, indistintamente, as regras que regem a cláusula penal – artigos 408 a 416 do Código Civil Brasileiro de 2002 – sem qualquer ressalva.

Aqui, trata-se de mera coligação contratual, de um contrato veiculado dentro da escritura pública de pacto antenupci-

53 Cf. FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, in *Tratado de Direito de Família*, v. II, São Paulo, Max Limonad, 1947, p. 152.

al, tema que não é o foco deste estudo. Os contornos da questão tornam-se mais fluídos quando se prende a análise à cláusula penal estatuída pelo descumprimento de um dever do casamento, estabelecido no artigo 1.566 do Código Civil Brasileiro de 2002. Com efeito, para a formulação da referida tese, que de alguma maneira pode ser dita pouco estudada no Brasil, tornar-se-ão necessárias a adoção de premissas, sem as quais padeceria de rigor científico o tema.

Pois bem, os deveres do casamento são, taxativamente, os que seguem: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos. E a questão que se põe: qual a consequência da quebra dos deveres acima? Sua resposta dependerá da interpretação que se dá à Emenda Constitucional n.º 66/2010.

Primeiramente, anota-se que a doutrina, há muito, defende a normal e irrestrita aplicação das regras da responsabilidade civil ao direito de família. JOSÉ FERNANDO SIMÃO indica, com precisão, 4 (quatro) premissas que permitem a importação das regras da responsabilidade civil para o direito de família, sendo elas: a) aplicação indiferenciada das regras de responsabilidade civil ao direito de família; b) a culpa do ato ilícito e da responsabilidade civil é a mesma culpa motriz do fim do casamento; c) trata-se essencialmente de uma responsabilidade extracontratual; e d) não se pode olvidar de aplicar os preceitos básicos da responsabilidade civil (a conduta humana, a culpa, o nexo de causalidade e o dano)⁵⁴.

E a sobrevinda da Emenda Constitucional n.º 66/2010⁵⁵

54 Cf. *Direito Civil: Direito de Família*, v. V, 7ª ed., São Paulo, Método, 2012, pp. 218-220.

55 “Com a emenda 66 de 2010 que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição, a separação judicial desapareceu, inclusive na modalidade de requisito voluntário para conversão ao divórcio; desapareceu, igualmente, o requisito temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direito, tanto por mútuo consentimento dos cônjuges (judicial ou extrajudicial), quanto litigioso” (cf. PAULO LOBO, *Direito Civil - famílias*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 151).

em nada mudou esse panorama, já que a culpa para a dissolução do vínculo matrimonial não foi totalmente extirpada do sistema – o foi, sim, para a decretação do divórcio –, persistindo de forma residual para regulação do uso do nome pelo cônjuge, alimentos e, em especial, para discussão de eventual ação autônoma de responsabilidade civil entre os cônjuges, sendo os danos reparáveis das mais diversas ordens, como danos emergentes e lucros cessantes, danos morais e danos estéticos.

Portanto, respondendo o questionamento elaborado há pouco, permite-se concluir, para o momento, que existe sim responsabilidade civil nas relações casamentárias e que a Emenda Constitucional n.º 66/2010 não retirou o direito de o cônjuge lesado interpor a ação de reparação de danos pertinente, distanciada da discussão da culpa que era necessária para o término do vínculo matrimonial.

Restringe-se ainda mais o cotejo, e agora se passa a analisar não responsabilidade civil nas relações casamentárias em sentido *lato*, e sim a responsabilidade civil pelo descumprimento de um dever matrimonial, consoante o art. 1.566, do Código Civil Brasileiro de 2002.

Aplicando ao caso os requisitos da responsabilidade civil, tem-se que analisar a conduta humana, a culpa, o nexos de causalidade e o dano, a teor do artigo 186, do Código Civil Brasileiro de 2002.

A definição conduta humana, *i.e.*, a ação ou omissão contrária ao direito, não traz nenhuma polêmica cujo enfrentamento não seja o mesmo empregado por aqueles que se debruçam sobre o tema, não existindo qualquer peculiaridade para a aplicação no âmbito das relações matrimoniais. Denota-se que a violação a um dos deveres do casamento pode – e não deve – gerar a responsabilização civil daquele que violou determinando dever de conduta previsto no artigo 1.566 do Código Civil Brasileiro.

A culpa, de outro lado, não é tão simples. A culpa tem

que ser lida em seu sentido amplo, como afirma JOSÉ FERNANDO SIMÃO, com fundamento em CHIRONI, e conclui “que a culpa do ato ilícito e da responsabilidade civil é a mesma culpa motivadora do fim do casamento. Ambas trazem a concepção do desrespeito a um dever preexistente”⁵⁶. Trata-se, portanto, da violação a um dever, com a consciência ou não de causar dano, no caso, a violação de um dever do casamento, de acordo com o artigo 1.566 do Código Civil. Vale acrescentar que a responsabilidade, em casos como tais é subjetiva, sempre dependendo da efetiva constatação da culpa para que nasça o dever de indenizar.

Sobre o nexo de causalidade entre a conduta humana e o resultado danoso, também não serão necessárias maiores digressões. Basta, para tanto, analisar se a conduta, comissiva ou omissiva, do cônjuge, foi apta a gerar o dano que o outro cônjuge afirma ter sofrido.

Finalmente, o dano. Com efeito, reconhecem-se no direito civil brasileiro três modalidades de dano: material, moral e estético. Se preenchidos os requisitos acima, e constatado o dano, não há dúvida que exsurge o dever de indenizar.

A exposição acima, embora sucinta, foi necessária para o raciocínio que segue. Estabelecida a possibilidade da irrestrita aplicação das regras da responsabilidade civil ao direito de família e, mais especificamente, à violação dos deveres do casamento, torna-se possível a fixação de cláusulas penais em pactos antenupciais em caso de descumprimento dos deveres no artigo 1.566 do Código Civil Brasileiro. Mas qual a razão? Em sendo admitida a aplicação das regras da responsabilidade civil para as hipóteses do artigo 1.566, do Código Civil, e em sendo a cláusula penal um instituto cujo único fim é a pré-fixação dos danos (função indenizatória defendida no capítulo introdutório), e mais, admitindo-se a veiculação de elementos

56 Cf. *Direito Civil: Direito de Família*, v. V, 7ª ed., São Paulo, Método, 2012, pp. 218-220.

estranhos ao regime de bens no pacto antenupcial, mostra-se completamente coesa a aplicação de ambos os institutos, o que poderá ser levado a termo na escritura pública de pacto antenupcial.

Com efeito, pré-fixar os danos nada mais é do que estipular uma quantia que será devida caso sejam deflagrados os requisitos da responsabilidade civil. Pré-fixar os danos, em outras palavras, é determinar, *a priori*, o valor que será devido a título de indenização, *i.e.*, constatado o dever de indenizar (conduta humana, nexo de causalidade e culpa), o valor da indenização já está fixado (reparação do dano).

Nesse momento, pode surgir uma dúvida, de todo legítima: em sendo o dano inferior ao valor estipulado a título de cláusula penal, o magistrado pode diminuir o valor da cláusula penal? Ou ainda, a ausência de dano libera o agente do ato ilícito ao pagamento do valor da cláusula penal? A resposta a ambas as perguntas é negativa. A redução do valor da cláusula penal no direito civil brasileiro encontra hipóteses restritas, expressamente previstas em lei, consoante artigo 413, do Código Civil Brasileiro de 2002, quais sejam, cumprimento parcial da obrigação ou valor manifestamente excessivo. Mas nenhuma das hipóteses está relacionada à ocorrência ou não do dano. Tal regra também deve ser aplicada aos casos de cláusulas penais previstas por conta da violação de um dever do casamento.

Ora, já foi abordada a ideia que na cláusula penal com escopo indenizatório reflete uma presunção de dano. Mas se presunção *iuris tantum*, admitiria prova em contrário; se presunção *iuris et de iure*, não caberia a prova da inexistência de dano pelo devedor.

O cerne da questão é a interpretação do atual artigo 416 do Código Civil Brasileiro de 2002⁵⁷. Para alguns, haveria a

57 “Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização,

possibilidade de o devedor realizar a prova de que não houve dano ao credor (cônjuge) sendo, portanto, uma presunção relativa que se resumiria em uma regra do ônus probatório: o credor (cônjuge) não precisa alegar o prejuízo, contudo, o devedor (cônjuge) poderá realizar essa prova, o que afetaria o valor da cláusula penal. Para outros, não seria admitida a alteração do valor da cláusula penal ante a inexistência do dano, ou a sua existência em patamar inferior, porque não se trata de mera regra referente ao ônus probatório, e sim a vedação da discussão do seu valor vinculada à extensão do prejuízo.

E reforçando a segunda corrente tem-se AGOSTINHO ALVIM, CLÓVIS BEVILAQUA, FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHREIBER, e tantos outros.

Para AGOSTINHO ALVIM, a cláusula penal seria uma exceção à responsabilidade civil sem dano. Exceção, esta, autorizada por lei, fazendo referência ao artigo 927 do Código Civil de 1916⁵⁸. Para CLÓVIS BEVILAQUA, o pagamento do valor pactuado a título de cláusula penal seria uma condição suspensiva da mora ou do inadimplemento, de modo que o dano – prejuízo – nada interferiria no seu pagamento⁵⁹. PONTES DE

competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

58 “O primeiro requisito ou pressuposto do dever de indenizar é o dano. É imprescindível que exista dano, salvo casos excepcionais. Este princípio está consagrado nos arts. 1.059 e 1.060 do Cód. Civ., que partem ambos do pressuposto de uma dano, ou prejuízo. É verdade que o primeiro daqueles cânones começa ressalvado exceções. Mas estas dizem respeito aos juros moratórios e à cláusula penal, como assinalam os autores e está na lei (Cód. Arts. 927 e 1.064) (...) Mas, como não se trata de uma presunção que apenas remova o ônus da prova, o resultado é que bem se pode dar a hipótese de indenização sem dano algum. O Cód. Civ. não fala em *ressarcimento*, independentemente de prejuízo, quando trata da cláusula penal (art. 927) e sim em *exigência* da pena, independentemente da alegação de prejuízo, adotando técnica muito exata. Como observa Candian, censurando o art. 1.382 do vigente Cód. Civ. italiano, o termo *ressarcimento* não é empregado corretamente, quando se pressupõe a ausência de dano” (cf. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, Saraiva, São Paulo, 1949, p. 162).

59 “Para pedir a prestação penal, não é necessário que o credor alegue prejuízo

MIRANDA rechaça qualquer tentativa de vincular o valor da cláusula penal devida com a extensão do dano⁶⁰. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, na linha do que se defende no presente trabalho, afirmar que o valor da cláusula penal corresponde a uma presunção absoluta de dano, não sendo mera regra de distribuição do ônus probatório⁶¹. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, na mesma linha do Professor Agostinho Alvim, alega que a cláusula penal seria mais um caso em que o sistema defende a indenização sem a ocorrência de dano⁶². Por fim GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHREIBER aduzem que “a utilidade da cláusula penal está, precisamente, em contornar todas as dificuldades inerentes à demonstração e liquidação das perdas e danos”⁶³.

Contrariando os autores precedentes, JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA entende que o artigo 416 do Código Civil apre-

sofrido, pois que a mora e a inexecução equivalem a condições suspensivas, a que está subordinada sua prestação. Ocorrendo qualquer delas, segundo as hipóteses, tem, portanto, lugar, de pleno direito, quero dizer, independente que qualquer outra circunstância, a aplicação da pena (Cód. Civil, art. 927)” (cf. *Direito das Obrigações*, 8º ed., Editora Paulo de Azevedo Ltda., Rio de Janeiro, 1954, pp. 65-66).

60 “As decisões judiciais que procuram ligar a cláusula penal a algum prejuízo desgarram do conhecimento científico do instituto e, aberta ou sub-repticiamente, violam o art. 927, alínea 1ª, do Código Civil” (cf. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XXVI, Editor Borsoi, 1959, p. 62).

61 “Mesmo que o devedor produza a prova incontroversa da ausência de prejuízo em razão do inadimplemento, mesmo assim a penal é devida, pois que a dispensa de demonstrá-lo se erige em *praesumptio iuris et de iure*, de que a inexecução é em si mesma danosa sempre, o que afasta inteiramente a oportunidade de toda prova contrária” (cf. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, v. II, 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p.157).

62 “Havendo, assim, estipulação de cláusula penal, o credor pode reclamar a sua imposição, independente de qualquer alegação ou prova de prejuízo, porque ela constitui precisamente, de si mesma, demonstração da existência do dano e a sua avaliação. É um dos casos de indenização sem culpa, previstos pela nossa legislação e que o Prof. Agostinho Alvim prefere catalogar como dispensa da alegação de prejuízo” (cf. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações 1ª parte*, vol. IV, 32ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003, p. 354).

63 Cf. *Código Civil Comentado*, vol. IV, coord. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, Atlas, São Paulo, 2008, p. 404.

senta um caso de aparente responsabilidade sem dano. Pelo fato de ser aparente, não se trata de responsabilidade sem dano, já que o artigo em comento seria uma mera regra de ônus probatório⁶⁴.

Todavia, com razão aqueles que defendem ser a cláusula penal uma presunção absoluta de dano: é uma exceção ao sistema de responsabilidade civil, mas que advém de uma regra do próprio sistema, que pode permitir a existência de indenização, mas sem dano.

Não se pode perder de vista, nesse passo, as premissas que foram adotadas no presente artigo, para que se possa chegar à derradeira conclusão.

Em primeiro lugar, deve-se entender como possível o trânsito de elementos estranhos no pacto antenupcial. Em segundo lugar, tem-se que admitir a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil no âmbito do direito de família. A três, é necessário admitir que o descumprimento de um dever matrimonial gera a possibilidade de o lesado ingressar com a competente ação reparatória, o que não foi tolhido pela Emenda Constitucional n.º 66/2010. A quatro, insta registrar que a cláusula penal, figura de índole indenizatória, compatibiliza-se com o descumprimento de um dever do casamento, que também está abarcado pelo espectro da responsabilidade civil. A cinco, e por derradeiro, em sendo a cláusula penal pré-fixação de danos, a ausência de dano, ou um prejuízo aquém do valor da cláusula penal, não autoriza a redução de seu valor.

Um caso prático servirá para aclarar o que foi desenvolvido até o momento. Imagina-se um pacto antenupcial em

64 “O artigo 416 do Código Civil fala em não haver necessidade de que o credor alegue prejuízo para que peça a cláusula penal. Se sequer a alegação é necessária, também dispensável é a prova do prejuízo. Mas isso não significa a desconsideração absoluta pelo dano, cuja inexistência pode ser comprovada pelo devedor para isentar responsabilidade pelo cumprimento da cláusula penal, do pagamento do dano pré-estabelecido” (cf. *Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002*, Tese para concurso de Professor Titular no Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pp. 134-135).

que os nubentes *a* e *b* pactuaram um elemento estranho: o descumprimento do dever de fidelidade gerará em favor do lesado o pagamento de cláusula penal estipulada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). O casamento é realizado e, um certo dia, *a* descobre que foi traído por *b*. Desfeito o vínculo matrimonial, exsurge para *a* o direito subjetivo à cobrança do valor estipulado a título de cláusula penal. Se o pagamento for realizado por *b* espontaneamente, não há pretensão resistida. Contudo, caso o pagamento não seja realizado por *b*, cabe à *a* ingressar com a ação indenizatória para cobrança do valor estipulado a título de indenização. Ora bem, na ação indenizatória caberá a *a* a demonstração 1) da ação humana, *i.e.*, o ato de trair, 2) do nexo de causalidade, *i.e.*, a ligação entre o ato de trair e o descumprimento de um dever matrimonial, e 3) da culpa de *b*. A extensão do dano, e até mesmo sua existência, não será discutida na ação judicial, isso porque, caso o magistrado conclua pela existência dos três requisitos apontados acima, o valor da indenização será exatamente o valor da cláusula penal, que serviu como pré-fixação de danos em caso de descumprimento de um dever conjugal.

Portanto, diante de tais premissas, conclui-se pela possibilidade de se vincular a cláusula penal à quebra de um dever do casamento, previsto no art. 1.566, do Código Civil Brasileiro de 2002, em pactos antenupciais. Contudo, cabe uma ressalva e uma crítica.

A ressalva diz respeito a uma aparente antinomia nas seguintes premissas: impossibilidade de disposição de direitos potestativos dos cônjuges (leitura dos limites impostos ao conteúdo dos pactos antenupciais) e a possibilidade de ser incluída cláusula penal versando sobre uma norma de ordem pública (deveres do casamento). Mas, como adiantado, a antinomia é aparente. Não se trata de disposição de um direito potestativo do cônjuge: a cláusula penal não limita, não extingue, não modifica, sequer cria o dever potestativo. Antes o contrário, regula

os aspectos patrimoniais decorrentes de sua violação. E, de fato, os aspectos patrimoniais não se confundem com os direitos em si.

Já, a crítica, está atrelada ao teto do valor da cláusula penal. Existe uma peculiaridade da cláusula penal no que diz respeito à limitação de seu valor, que não poderá exceder o da obrigação principal, consoante o artigo 412, do Código Civil Brasileiro de 2002. Contudo, como estabelecer o valor da *obrigação principal* no âmbito do direito de família? A questão não é de fácil resposta, e será objeto de estudo específico em momento oportuno.



4. BIBLIOGRAFIA

- ALBA, Isabel Espín, *La Cláusula Penal: especial referencia a la moderación de la pena*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 1997.
- ALVIM, Agostinho, *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, Saraiva, São Paulo, 1949.
- ARAI, Rubens Hideo, *Cláusula Penal*, in *Obrigações*, coord. Renan LOTUFO e Giovanni Ettore NANNI, Atlas, São Paulo, Atlas, 2011.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, 2ª ed., Tribuna da Justiça, São Paulo, 1978.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira, *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009.
- BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Obrigações*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1954.
- BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*, vol. IV, 2ª tiragem,

- edição histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de, *Indenização por Equidade no Novo Código Civil*, São Paulo, Atlas, 2003.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignácio, *Doutrina e Prática das Obrigações*, vol. I, 2ª ed., Francisco Alves & Cia, São Paulo, 1911.
- CARVALHO SANTOS, João Manoel, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. XI, 9ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964.
- CARVALHO SANTOS, João Manoel, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. V, 10ª ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1974.
- CASSETARI, Cristiano, *Multa Contratual – Teoria e Prática da Cláusula Penal*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- CONTINENTINO, Mucio, *Da Cláusula Penal no Direito Brasileiro*, São Paulo, Livraria Acadêmica Saraiva, 1926.
- COSTA, Judith Hofmeister Martins, *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações – arts. 389 a 420*, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*, v. 5, t. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- COUTO E SILVA, Clóvis do, *Direito Patrimonial de Família no Projeto de Código Civil Brasileiro e no Direito Português*, Revista dos Tribunais, n.º 520, São Paulo, 1979.
- DIAS, José de Aguiar, *Da Responsabilidade Civil*, vol. II, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1955.
- DINAMARCO, Candido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.
- ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de obligaciones*, vol. I, trad. do alemão para o espanhol da 35ª ed., por Blaz Pérez GONZÁLES e José ALGUER, Barcelona, Bosch, 1947.
- FACHIN, Luiz Edson, *Comentários ao novo Código Civil – do direito de família, do direito pessoal, das relações de pa-*

- rentesco – arts. 1.591 a 1.638*, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*, v. XVIII, Rio de Janeiro, Forense, 2013.
- FRANÇA, Rubens Limongi, *Raízes e Dogmática da Cláusula Penal*, Dissertação para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987.
- GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz, *Responsabilidade sem Dano no Código Civil de 2002*, Tese apresentada para o concurso público de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- GOMES, Orlando, *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- GOMES, Orlando, *Direito de Família*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- GOMES, Orlando, *Obrigações*, 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- GOMES, Orlando, *Obrigações*, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito das obrigações – parte geral*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
- GONZALES, Javier Davila, *La obligación con cláusula penal*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1992.
- GOUVEIA, Jaime Augusto Cardoso de, *Da Responsabilidade Contratual*, Lisboa, Edição do Autor, 1933.
- LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, t. 1, trad. do alemão para o espanhol por Jaime Santos BRIZ, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LÔBO, Paulo, *Direito Civil - famílias*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013.
- LÔBO, Paulo, *Direito Civil - obrigações*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013.
- MADALENO, Rolf, *Pactos Patrimoniais e Autonomia da Vonta-*

- de*, in *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*, coord. Regina Beatriz TAVARES DA SILVA e Theodureto de Almeida CAMARGO NETO, Saraiva, São Paulo, 2011.
- MATTIA, Fabio, *Cláusula penal pura e cláusula penal não pura*, Revista dos Tribunais, n.º 383, 1967.
- MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto, *Cláusula Penal e Indemnização*, 1ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1999.
- MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, 2ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2011.
- MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil – direito das obrigações*, 1ª parte, v. IV, 32ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.
- NEGREIROS, Teresa, *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- OLIVEIRA, Nuno Manoel Pinto, *Cláusulas Acessórias ao Contrato - Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil – teoria geral das obrigações*, v. II, 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil – teoria geral das obrigações*, v. II, 24ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- PLANIOL, Marcel – RIPERT, Georges, *Traité Pratique de Droit Civil Français: les régimes matrimoniaux*, t. VIII, 2ª ed., Paris, Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1957.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito de família*, v. II, 3ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1947.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito privado*, t. 8, 1ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1955.

- POTHIER, Robert Joseph, *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*, 2ª ed., t. 1, trad. do francês para o português por José Homem Corrêa TELLES, Rio de Janeiro/Paris, H. Garnier – Livreiro-Editor, 1906.
- PRATA, Ana, *Cláusula de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Coimbra, Almedina, 2005.
- RODRIGUES, Silvio, *Direito civil – parte geral das obrigações*, v. 2, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz, *Função, Natureza e Modificação da Cláusula Penal no Direito Civil Brasileiro*, Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz, *Revisão Judicial dos Contratos – autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.
- ROPOPO, Enzo, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988.
- ROSENVALD, Nelson, *Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de direito civil*, v. II, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1989.
- SIMÃO, José Fernando, *Cláusula penal e redução de ofício pelo juiz - Parte 1*, Jornal Carta Forense, acesso pelo link <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/clausula-penal-e-reducao-de-oficio-pelo-juiz---parte-1/13786>.
- SIMÃO, José Fernando, *Cláusula penal e redução de ofício pelo juiz - Parte 2*, Jornal Carta Forense, acesso pelo link <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/clausula-penal-e-reducao-de-oficio-pelo-juiz---parte-2/13786>.
- SIMÃO, José Fernando, *Direito Civil: Direito de Família*, v. V, 7ª ed., São Paulo, Método, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo – SCHREIBER, Anderson, *Código civil comentado – direito das obrigações – artigos 233 a 420*,

in AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.), *Código civil comentado*, v. IV, São Paulo, Atlas, 2008.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, v. 1, 7^a ed., Coimbra, Almedina, 1991.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, v. 2, 5^a ed., Coimbra, Almedina, 1992.